

# ALGUNES REFLEXIONS SOBRE LA CUSTÒDIA COMPARTIDA EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA A PROPÒSIT DE LES SENTÈNCIES DE L'AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA 650/2011, DE 10 DE NOVEMBRE, I 726/2011, DE 14 DE DESEMBRE<sup>1</sup>

Alejandra de Lama Aymá  
*Professora lectora de dret civil*  
*Universitat Autònoma de Barcelona*

## 1. INTRODUCCIÓ

L'article 233-10 del Codi civil de Catalunya (CCCat)<sup>2</sup> diu en el seu apartat primer que «[l]a guarda s'ha d'exercir de la manera convinguda pels cònjuges en el pla de parentalitat, llevat que resulti perjudicial per als fills», i afegeix en l'apartat segon que «[l]'autoritat judicial, si no hi ha acord o si aquest no s'ha aprovat, ha de determinar la manera d'exercir la guarda, atenint-se al caràcter conjunt de les responsabilitats parentals, d'acord amb l'article 233-8.1. Tanmateix, l'autoritat judicial pot disposar que la guarda s'exerceixi de manera individual si convé més a l'interès dels fills». És a dir, d'entrada caldrà atènyer-se al pla de parentalitat pactat pels pares, i només si no n'hi ha el jutge ha de decidir conforme al caràcter conjunt de les responsabilitats parentals, llevat que l'interès del menor aconselli una guarda individual. L'article 233-11.1 CCCat esmenta un seguit de criteris per a determinar la conveniència d'establir la custòdia compartida: vinculació afectiva dels fills, aptitud i actitud de cadascun dels progenitors per a garantir el benestar dels fills, temps dedicat a la família abans de la crisi, opinió dels fills, acords presos en previsió de la ruptura i situació del domicili dels pares.

Encara no disposem de sentències que hagin aplicat aquests preceptes del CCCat, però és evident que algunes, ja que així s'expressa en els seus textos, han

1. Aquest treball s'insereix en el programa de treball del Grup d'Estudi del Dret Civil Català (UB-UAB) 2009-SGR-221.

2. Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* [DOGC], núm. 5686, de 5 d'agost de 2010).

tingut en compte el seu contingut per a resoldre casos que encara es regeixen per la legislació anterior; així succeeix amb les sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona 650/2011, de 10 de novembre,<sup>3</sup> i 726/2011, de 14 de desembre.<sup>4</sup> L'anàlisi d'aquestes permet copsar que tenen en compte la normativa del CCCat i detecten i alerten d'algunes disfuncions que pot comportar la interpretació de la nova normativa, alhora que posen de manifest alguns encerts d'aquesta.

En efecte, d'una banda, interpretar l'article 233-10 CCCat en el sentit d'entendre sistemàticament que el règim de guarda ha de ser el de custòdia compartida pot comportar una confusió terminològica que porti a anomenar com a tals situacions que no ho són. D'altra banda, els criteris de l'article 233-11.1 CCCat, que s'ha d'interpretar de forma integrada amb l'article 233-10 CCCat, ens permetran determinar el règim de guarda adient en cada cas concret en consideració al principi de l'interès del menor.

#### 1.1. LA SENTÈNCIA DE L'AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA 650/2011, DE 10 DE NOVEMBRE (JUR 2012/26267)

La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (SAP) 650/2011, de 10 de novembre, fa referència a un supòsit en què la sentència d'instància acordava la guarda i custòdia de la mare i un dret de visita per al pare, així com una pensió d'aliments de cent vuitanta euros mensuals per al fill i el repartiment entre els progenitors de les despeses extraordinàries. El pare va plantejar un recurs d'apel·lació davant l'Audiència Provincial de Barcelona en el qual no discutia les qüestions patrimonials, sinó que sol·licitava l'atribució de la custòdia compartida o, si aquesta no podia ser, l'ampliació del règim de visites.

La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona fa referència als criteris que recull l'article 233-11 CCCat, perquè afirma que «se concluye que el sustrato o denominador común de todos los criterios o factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida no es otro que la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto y que para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición [...] así como la posibilidad de establecer una dinámica y organización lo más similar posible, con preservación de los intereses de los menores, para lo que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos». I afegeix que

3. SAP de Barcelona 650/2011, de 10 de novembre (JUR 2012/26267).

4. SAP de Barcelona 726/2011, de 14 de desembre (JUR 2012/21752).

«de la prueba practicada se ha acreditado que las partes, tras su separación de hecho en 2006, pactaron el reparto del tiempo del menor y la responsabilidad de todas las esferas de su cuidado de forma compartida, tal como han reconocido. El informe del SATAF de fecha 31 de marzo de 2009 [...] refiere el buen ambiente de diálogo que presidía las relaciones de ambas partes, de manera que podían dialogar y pactar los temas relativos al hijo común, acudían al colegio y hacían el seguimiento conjunto de la evolución escolar del menor y C. [...] está igual de satisfecho con ambos progenitores [...]. Ambos progenitores son competentes y dan respuesta a las necesidades del menor de forma complementaria, y el niño reconoce la parentalidad de ambos de forma favorable y satisfactoria. Los estilos educativos son similares, y los domicilios cercanos. Asimismo destaca que a pesar de las diferencias que en alguna época han distanciado a las partes, han sabido mantener una mínima comunicación respecto de los temas del menor. Por todo ello, aconsejan que se establezca de forma compartida la guarda y custodia de C. por el bienestar del menor [...] teniendo en cuenta que ello no implica un reparto equitativo de su tiempo, sino compartir las responsabilidades que su potestad comprende, sin que por otra parte consideren adecuado introducir cambios en su cotidianidad, pues ello no lo beneficiaría en estos momentos». La Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Barcelona de 10 de novembre de 2011 estableix la guarda i custòdia compartida i no modifica el règim de visites.

En aquesta Sentència es presenta una situació idíl·lica en què, tenint en compte els criteris de l'article 233-11.1 CCCat, és molt adient l'atribució de la custòdia compartida. Per això sorprèn que la sentència d'instància atribueixi la guarda i custòdia a la mare. Tanmateix, sorprèn més que la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona atribueixi la custòdia compartida sense modificar ni la situació personal ni la patrimonial, és a dir, sembla que la discussió se centri en una qüestió terminològica, però en realitat estem davant de dues situacions qualitativament i conceptualment diferents.

## 1.2. LA SAP DE BARCELONA 726/2011, DE 14 DE DESEMBRE (JUR 2012/21752)

La SAP de Barcelona 726/2011, de 14 de desembre, analitza un supòsit en el qual s'havia pactat un conveni regulador de separació que atribuïa formalment la guarda a la mare amb un règim de visites ampli que garantia la coparentalitat, ja que durant un any el fill va viure *de facto* una setmana de forma alterna amb cada progenitor. Tanmateix, en el moment en què s'oposa la demanda de divorci, l'actitud de la mare esdevé obstruccionista i aquesta es nega a acceptar la custòdia compartida al·legant que ha estat perjudicial per al menor, ja que li ha provocat

problemes de comportament, i sosté que hi ha una situació de conflictivitat entre els cònjuges, per la qual cosa demana la guarda individual. La sentència de primera instància manté la guarda individual de la mare pel fet d'existir un problema de conflictivitat entre els progenitors.

En primera instància s'atribueix un règim formal de custòdia de la mare amb un dret de visita del pare: «los fines de semana alternos abarcan desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes al inicio de las clases; entre semana el niño está con el padre todos los miércoles con pernóctas y una tarde más cuando no le corresponde al mismo el fin de semana; los festivos, y las vacaciones de Navidad, semana blanca, Semana Santa y verano, por mitad. El régimen implica en la práctica compartir la guarda del menor, por lo que sorprende que tanto el ministerio fiscal como la esposa lo acepten complacidos y no adviertan en el mismo los riesgos para el menor que destacan en sus escritos al oponerse a la pretensión paterna de custodia compartida. En realidad la oposición se da al sistema, pero no al reparto igualitario de la tenencia del niño ni de las responsabilidades respecto del mismo».

Afegeix més endavant: «La esposa reconoció en el interrogatorio practicado, y reiteró ante el perito del SATAF, que después de la separación se había instaurado la guarda conjunta de forma natural y sin problema alguno, y que el grado de implicación del padre en los cuidados, atenciones y responsabilidades para con el menor había sido siempre muy alto. Las disfunciones que se alegan en la contestación a la demanda y en la oposición al recurso obedecen claramente a una estrategia preparada y ejecutada para disponer en este pleito de unas pruebas preconstruidas dirigidas a obstaculizar la pretensión del actor, sin que la oposición de la demandada obedezca a razones de fondo que sean atendibles. La custodia conjunta, como ha señalado la doctrina del Tribunal Supremo, no se ha de establecer como reconocimiento a los progenitores ni se ha de denegar como sanción a los mismos, sino que forma parte del derecho de los propios hijos menores a crecer y desarrollar su personalidad recibiendo los cuidados y atenciones de sus dos progenitores. Por esta razón, la carga de la prueba de que tal ejercicio compartido representa un riesgo para el menor corresponde a quien lo alega y debe ser acreditado y justificado cumplidamente. En este caso no solamente no se ha probado, sino que, por el contrario, el cambio de criterio de la madre ha sido vivido por el menor de forma traumática, como se desprende de la psicóloga del servicio de la Seguridad Social [...] al narrar que el niño se ha sentido secuestrado por su madre al impedirle la normal relación que anteriormente había mantenido con su padre. El informe del SATAF es, asimismo, descriptivo del sistema de vínculos afectivos que el menor mantiene con sus progenitores y la necesidad de mantener los mismos de forma equilibrada y paritaria». I continua dient que «ha quedado acreditado que los litigantes tienen capacidad suficiente para establecer la comunicación

adecuada entre ellos en beneficio del hijo menor, porque lo han demostrado en épocas anteriores».

Un altre fragment interessant estableix que «[e]l carácter voluntario de la mediación determina que la obligación de seguir un proceso de tal naturaleza no puede ser impuesta por el tribunal, por lo que el alcance de lo acordado al respecto se sitúa en el nivel de recomendación que ha señalado la doctrina [...] sin perjuicio de que la actitud de colaboración en beneficio del menor que ello implica, o la oposición contumaz a participar en tal proceso de forma injustificada, pueda ser tenida en consideración tal como establece el artículo 233-11.1 c) del CC [...] de Cataluña para en un ulterior proceso de modificación de medidas, asignar la custodia individual a uno solo de los progenitores».

S'estableix que cada progenitor satisfarà les despeses de manutenció del menor quan el tingui en la seva companyia i que, en relació amb les despeses ordinàries o extraordinàries, el pare contribuirà en el 75 % i la mare en el 25 %.

Es planteja en aquesta Sentència un cas en què és dubtós que el temps atribuït al pare sigui una guarda compartida, la qual cosa posa de manifest un ús inadequat del terme. D'altra banda, es planteja la possibilitat que el criteri de la conflictivitat pugui ésser utilitzat com una estratègia per a evitar l'atribució de la custòdia compartida. En aquest sentit, com es veurà, sembla més adient fer referència a l'actitud dels pares (com fa l'art. 233-11.1 CCCat) que a la inexistència de conflicte. A més, sorprèn que s'elimini la custòdia compartida alterna per setmanes en un supòsit en què s'havia demostrat possible i beneficiosa per al menor. Finalment, caldrà analitzar si l'oposició de la mare a la custòdia compartida, que havia acceptat *de facto* anteriorment, respon a l'interès del menor o a altres factors.

## 2. PRINCIPI DE DISPONIBILITAT *VERSUS* PRINCIPI D'INTERÈS DEL MENOR

L'article 233-10.1 CCCat diu en el seu apartat primer que «[l]a guarda s'ha d'exercir de la manera convinguda pels cònjuges en el pla de parentalitat, llevat que resulti perjudicial per als fills». En efecte, el legislador català parteix del principi de disponibilitat del règim de guarda llevat que sigui contrari a l'interès del menor.

Existeix una dialèctica entre el principi de disponibilitat i el d'interès del menor que es copsa en la jurisprudència del Tribunal Suprem.<sup>5</sup> L'article 92.5 del Codi

5. Vegeu una anàlisi detallada de la jurisprudència del Tribunal Suprem a José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», *InDret*, núm. 4 (2011), p. 21 i seg.

civil espanyol (CC) estableix que el jutge pot atribuir la custòdia compartida quan ambdós progenitors així ho hagin pactat, i l'article 92.8 afegeix que, si no hi ha pacte, també pot fer-ho excepcionalment si algun d'ells ho ha demanat, sempre que ho aconselli l'interès del menor i existeixi un informe favorable del ministeri fiscal.

La qüestió que es planteja és si, quan existeix un acord entre les parts sobre l'atribució de la guarda individual a un dels progenitors i no se sol·licita la custòdia compartida, aquesta pot ser imposada pel jutge.<sup>6</sup> D'acord amb la literalitat de l'article 92 CC, no sembla que això sigui possible, però, com és sabut, cal fer una interpretació finalista, integrada i conforme a la realitat social dels preceptes legals, perquè d'aquesta manera s'evita la rigidesa de la llei i s'assoleix la justícia i l'equitat del cas concret. Així, ens trobem que, d'una banda, l'article 92 CC estableix la necessitat de pacte per a determinar, com a regla general, la custòdia compartida, però, d'altra banda, l'article 2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, recull el principi de l'interès del menor. Per tant, ens trobem amb una col·lisió entre dos preceptes legals que s'ha de resoldre en favor de l'aplicació de l'interès del menor, ja que aquest principi és una clàusula general configurada precisament per a dotar de flexibilitat l'ordenament jurídic.<sup>7</sup>

En l'ordenament jurídic català, la mateixa llei preveu aquesta possibilitat, atès que l'article 233-10.1 CCCat diu que la guarda s'ha d'exercir de la forma pactada pels cònjuges «llevat que resulti perjudicial per als fills», és a dir, llevat que el pacte sigui contrari a l'interès del menor. A més, aquest principi es recull expressament en relació amb la responsabilitat parental en l'article 233-8.3 CCCat, que disposa que «[l]'autoritat judicial, en el moment de decidir sobre les responsabilitats parentals dels progenitors, ha d'atendre de manera prioritària l'interès del menor». Així mateix, l'article 233-5.3 CCCat estableix que «[e]ls pactes en matèria de guarda i de relacions personals amb els fills menors, i també els d'aliments a favor d'aquests, només són eficaços si són conformes a llur interès en el moment en què se'n pretengui el compliment».

Tanmateix, acceptada sense discussió la premissa que ha de prevaldre l'interès del menor per sobre de qualsevol pacte, se'ns plantegen més dubtes respecte al fet que sigui necessari imposar una guarda compartida per tal de respectar l'interès del menor. En primer lloc, perquè és difícil detectar si un pacte vulnera l'interès del menor; així, si s'ha pactat un règim de visites prou ampli, no es detectarà una vulneració de l'interès del menor encara que això signifiqui una pèrdua de contacte amb un dels progenitors en relació amb la situació anterior. D'altra banda, per-

6. Així s'ho planteja José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», p. 30-33.

7. José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», p. 30-33.

què no necessàriament un règim de custòdia compartida és més beneficiós per al menor, o potser la guarda compartida a la pràctica no és possible per una qüestió de logística laboral, familiar... De fet, fins i tot si s'ha pactat la custòdia compartida serà difícil detectar si el pla de parentalitat perjudica el menor.<sup>8</sup>

### 3. EL MODEL DE CUSTÒDIA COMPARTIDA COM UNA OPCIÓ LEGISLATIVA EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA: LA SOCIETAT PER DARRERE DE LA LLEI?

#### 3.1. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ

L'article 233-10.2 CCCat estableix que «[l]autoritat judicial, si no hi ha acord o si aquest no s'ha aprovat, ha de determinar la manera d'exercir la guarda, atenint-se al caràcter conjunt de les responsabilitats parentals, d'acord amb l'article 233-8.1. Tanmateix, l'autoritat judicial pot disposar que la guarda s'exerceixi de manera individual si convé més a l'interès dels fill». Per tant, de la literalitat d'aquest precepte es dedueix que, d'entrada, s'ha d'atribuir la custòdia compartida, i només si així ho aconsella l'interès del menor es disposa un exercici individual de la guarda.

El model del CC, en canvi, significa l'excepcionalitat de la custòdia compartida quan no hi ha pacte, ja que l'article 92.5 CC disposa que «[e]xcepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5 de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del ministerio fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Ningú no dubta dels avantatges que comporta la corresponsabilitat parental durant el matrimoni i en situació de crisi matrimonial; de fet, ha estat perfectament documentada per la doctrina.<sup>9</sup> Tanmateix, no es pot desconèixer que en la societat

8. Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 54 (2012), p. 34, alerta del perill que es produeixi una estandarització i una excessiva rigidesa dels plans de parentalitat.

9. Així, Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009», *InDret*, núm. 2 (2008), p. 14 i 15, enumera entre els avantatges la igualtat entre cònjuges, que els fills poden gaudir de la companyia d'ambdós progenitors, que es distorsiona en menor manera l'exercici de la pàtria potestat, que s'evita la distància amb un progenitor, que es permet als progenitors la mútua comprensió de l'altre, que els progenitors comparteixen les càrregues, que disminueixen els plets i les lluites entre progenitors per la custòdia dels fills, que no s'obstaculitza la

actual, tot i que la incorporació de la dona al món laboral ha significat una implicació major dels homes en les tasques de la llar i l'educació dels fills real i palpable, aquest model no està generalitzat en absolut.<sup>10</sup> És cert que la corresponsabilitat en l'educació dels fills es dona normalment en matrimonis i parelles en els quals ambdós progenitors treballen i tenen interioritzada la igualtat de gènere i les seves conseqüències, i en els quals, de la mateixa manera que la dona té aspiracions laborals sense renunciar a la maternitat, l'home s'ha incorporat activament a l'educació i les tasques de la llar. Però això no significa que aquest sigui l'únic model de guarda existent i beneficiós per al menor, ja que en alguns casos les parelles pacten una distribució de les tasques i un progenitor es dedica al món laboral i l'altre es dedica a les tasques de la llar i a l'educació dels fills. En altres casos això és determinat per una situació d'atur d'un dels dos progenitors, i en altres ocasions, tot i que ambdós progenitors treballen, és un d'ells, normalment la dona, qui assumeix les tasques relacionades amb els fills, perquè no es pot oblidar que la igualtat de gèneres és una fita que s'ha d'assolir però que no està plenament assumida per la societat. En alguns casos encara es pensa que la dona ha d'assumir les tasques familiars o es manté un discurs igualitari que no es correspon amb el repartiment real de les tasques relatives als fills.

És per això que el preàmbul de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya,<sup>11</sup> estableix que «s'abandona el principi general segons el qual el trencament de la convivència entre els progenitors significa automàticament que els fills s'han d'apartar d'un per a encomanar-los individualment a l'altre. Per contra, s'introdueix com a norma que la nul·litat, el divorci o la separació no alteren les responsabilitats dels progenitors envers els fills. En conseqüència,

---

relació del fill amb l'altre progenitor, que es facilita que ambdós progenitors comparteixin les coses bones i les coses dolentes de la vivència amb els fills quan hi ha ruptura familiar, i que es reparteixen les despeses generades pels fills. José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», p. 12-20, fa una anàlisi exhaustiva dels avantatges que des del punt de vista psicològic té la custòdia compartida, ja que el manteniment dels vincles amb ambdós progenitors minimitza el trauma que significa la crisi matrimonial, si bé l'autor reconeix que també s'ha de tenir en compte el temps dedicat a la família en cada cas concret. En la doctrina estrangera, vegeu M. F. BRINIG i F. H. BUCKLEY, «Joint custody: Bonding and Monitoring Theories», *Indiana Law Journal*, vol. 73 (1998), p. 402 i seg.

10. Julia CORDERO, «El espaciamento de los nacimientos: una estrategia para conciliar trabajo y familia en España», *REIS*, núm. 128 (2009), p. 11-31, afirma que les dones treballadores que reben ajuda a casa escurcen l'interval entre fills, mentre que l'allarguen si no en reben. En canvi, es constata que hi ha parelles en què hi ha hagut una especialització de les tasques, de manera que l'home es dedica a la feina fora de la llar i la dona es dedica a la cura dels fills. Aquí l'interval entre fills és curt perquè la dona hi dedica tot el seu temps i no treballa fora de casa.

11. Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (DOGC, núm. 5686, de 5 d'agost de 2010).



aquestes responsabilitats mantenen, després de la ruptura, el caràcter compartit i correspon a l'autoritat judicial determinar, si no hi ha acord sobre el pla de parentalitat o si aquest no s'ha aprovat, com s'han d'exercir les responsabilitats parentals i, en particular, la guarda del menor, atenint-se al caràcter conjunt d'aquestes i a l'interès superior del menor». Però s'afegeix que, tot i que s'afavoreixen fórmules de coparentalitat, «no s'oblida que les relacions familiars en la nostra societat mantenen encara un alt grau de masclisme. També s'ha tingut en compte que el paper de la mare és qualitativament més necessari per als menors que el del pare quan les dinàmiques familiars han estat construïdes sobre models tradicionals, tant en la idiosincràsia de Catalunya com en la realitat d'altres cultures que s'han incorporat a la societat catalana. Per aquest motiu, es destaquen com a criteris per a determinar la guarda individual la vinculació especial dels fills amb un dels progenitors i la dedicació als fills que la mare o el pare hagin tingut abans de la ruptura».

Tot i que s'ha dit que existeix una contradicció en la lletra del preàmbul del llibre segon del CCCat,<sup>12</sup> creiem que justament ens dóna un element interpretatiu de com s'ha de determinar la guarda més enllà de la literalitat de l'article 233-10.2 CCCat. En efecte, entendre que el CCCat imposa el model de guarda compartida quan no es demostra que aquesta és contrària a l'interès del menor pot tenir, com posteriorment es comentarà, alguns efectes perniciosos des del punt de vista de l'anàlisi econòmica del dret o del fet de desvirtuar el concepte de *custòdia compartida*. Per això creiem que aquestes reflexions del preàmbul de la Llei ens han de portar a tenir en compte els criteris de l'article 233-11.1 CCCat per a decidir si realment la custòdia compartida és la més adient per a l'interès del menor o si, per contra, per tal de garantir aquest interès caldrà atribuir la guarda individual a un dels progenitors.

### 3.2. EFECTES EN LA NEGOCIACIÓ DEL PLA DE PARENTALITAT: ANÀLISI ECONÒMICA DEL DRET

El fet que tradicionalment s'hagi atribuït la guarda i custòdia a la mare dóna a aquesta una posició negociadora més forta.<sup>13</sup> En efecte, l'article 83 del Codi de família (CF)<sup>14</sup> establia que l'ús de l'habitatge familiar s'havia d'atribuir a qui haguessin pactat els cònjuges, llevat que fos perjudicial per al menor, i que, si no hi

12. José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», p. 49.

13. Laura ALASCIO i Ignacio MARÍN, «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 CC», *InDret*, núm. 3 (2007), p. 16.

14. Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família (DOGC, núm. 2687, de 23 de juliol de 1998).

hagués pacte, s'havia d'atribuir preferentment a qui tingués atribuïda la custòdia dels fills. En canvi, l'article 233-20 CCCat atendrà el pacte entre les parts llevat que aquest sigui perjudicial per al menor i, si no hi ha pacte, el jutge atribuirà l'habitatge al cònjuge més necessitat en cas de custòdia compartida dels fills. Per això s'ha dit que la ruptura d'aquest criteri amb l'atribució com a regla general de la custòdia compartida pot provocar un efecte advers: que el pare sol·liciti la custòdia compartida per tal que no s'atorgui a la mare l'ús de l'habitatge familiar i que la mare cedeixi actius financers en la negociació per tal que se li atorgui la guarda individual.<sup>15</sup> Per contra, hi ha qui sosté que aquest efecte negatiu no es produirà perquè la felicitat dels fills afecta la dels pares i aquests han d'arribar a solucions que augmentin la felicitat dels seus fills i d'ells mateixos.<sup>16</sup>

Sense caure en l'escepticisme de la primera postura, creiem que cal matisar la segona. Afirmar que els progenitors només persegueixen la felicitat dels fills i així aconseguir la pròpia felicitat és desconèixer la realitat d'algunes situacions de crisi matrimonial, ja que, tot i que això deu ser així en molts casos, en molts altres la custòdia compartida s'utilitza com una eina en la negociació. De fet, els estudis sobre el tema posen de manifest que els pares mantenen un discurs après sobre la consecució de l'interès del menor i que la seva idoneïtat com a pares no es correspon amb els seus sentiments reals ni amb la seva actuació.<sup>17</sup> S'ha dit que en una situació de crisi matrimonial els progenitors no es troben en la millor situació psicològica i emocional per a prendre decisions en interès del menor, que acaben menyscabant en comptes d'optimitzar, ja que l'interès dels pares i els dels fills entren en conflicte.<sup>18</sup>

La SAP de Barcelona de 14 de desembre que aquí es comenta n'és un exemple, perquè, tot i que la mare havia acceptat una situació *de facto* de custòdia compartida alterna, la seva actitud canvia quan el pare intenta legalitzar aquesta situació. A partir d'aquest moment «no acepta compartir la custodia y aún cuando reconoce que durante una época pactó el sistema de alternancia semanal de la guarda, como describe su ex marido, cambió de criterio ante los problemas de con-

15. M. F. BRINIG i F. H. BUCKLEY, «Joint custody», p. 397, sostenen que el fill acabarà a les mans de qui estigui disposat a cedir el major nombre d'actius patrimonials, perquè allò que realment valora és la custòdia dels fills.

16. Laura ALASCIO i Ignacio MARÍN, «Juntos pero no revueltos», p. 16.

17. Felicity KAGANAS i Shelley Day SCLATER, «Contact disputes: narrative constructions of "good" parents», *Feminist Legal Studies*, núm. 12 (2004), p. 6 i 15.

18. Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad», p. 49, i Shazia CHOUDRY i Helen FENWICK, «Taking the rights of parents and children seriously: confronting welfare principle under the Human Rights Act», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, núm. 3 (2005), p. 473.

ducta que surgieron en el comportamiento del menor. Imputa tales problemas a la permisividad paterna, por lo que insiste en que se le mantenga en el ejercicio de la custodia compartida. Alega, además, que las relaciones con el demandante se han deteriorado, y que se ha visto en la tesitura de interponer una serie de denuncias por el comportamiento intransigente del mismo, que también está repercutiendo negativamente en el menor». Tanmateix, el tribunal entén que «[l]as disfunciones que se alegan en la contestación a la demanda y en la oposición al recurso obedecen claramente a una estrategia preparada y ejecutada para disponer en este pleito de unas pruebas preconstituídas dirigidas a obstaculizar la pretensión del actor, sin que la oposición de la demandada obedezca a razones de fondo que sean atendibles. [...] Por esta razón, la carga de la prueba de que tal ejercicio compartido representa un riesgo para el menor corresponde a quien lo alega y debe ser acreditado y justificado cumplidamente». Així, el discurs de la mare d'oposició a la custòdia compartida persegueix aparentment la protecció de l'interès del menor, però el tribunal considera que aquest discurs respon a la voluntat real d'aconseguir la guarda exclusiva del menor.

Si l'autoritat atribueix sistemàticament la custòdia compartida quan no hi ha pacte, el progenitor que valori la companyia dels fills per sobre dels elements patrimonials tendirà a cedir aquests elements per tal d'evitar la decisió de l'autoritat judicial. Per això creiem que l'atribució de la custòdia compartida no s'ha de fer de forma sistemàtica, sinó un cop valorats tots els criteris de l'article 233-1.1 CCCat per tal de decidir allò que realment afavoreix l'interès del menor.

D'altra banda, la referència de l'article 233-20 CCCat a l'atribució de l'habitatge familiar al cònjuge que ho necessiti més quan hi ha custòdia compartida, creiem que s'ha de matisar en funció de l'interès del menor. Fóra convenient tenir en compte l'interès del menor, i no només el del cònjuge més necessitat, elements que en molts casos coincidiran, ja que garantir un habitatge al cònjuge més necessitat assegura que el menor en gaudirà quan convisqui amb aquest progenitor. Per això caldrà valorar el cas concret per tal d'atribuir l'habitatge familiar.<sup>19</sup> A més, creiem oportú recordar que la determinació de la custòdia compartida no significa que no es pugui determinar una contribució diferent dels cònjuges en la mantenició dels fills, ja que, al marge que evidentment cada cònjuge s'ha de fer càrrec de

19. En aquest sentit és il·lustratiu un fragment del preàmbul de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, que diu que, tot i que s'atribueix preferentment l'habitatge a qui té la guarda dels fills, cal valorar les circumstàncies del cas concret, i es preveu que «a sol·licitud de l'interessat, es pugui excloure l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar si qui en seria beneficiari té mitjans suficients per cobrir les seves necessitats i les dels fills, o bé si qui ha de cedir-lo pot assumir i garantir suficientment el pagament dels aliments als fills i la prestació que pugui correspondre al cònjuge en una quantia que permeti cobrir les necessitats d'habitatge d'aquest».

les despeses derivades de la immediatesa de la convivència, les altres despeses es poden distribuir d'una altra manera entre els cònjuges.<sup>20</sup>

3.3. LA CUSTÒDIA COMPARTIDA AMB CARÀCTER EXCEPCIONAL O COM A MODEL QUAN NO HI HA PACTE: CODI CIVIL ESPANYOL *VERSUS* CODI CIVIL DE CATALUNYA

L'article 92.5 CC estableix que el jutge ha d'acordar la custòdia compartida quan els progenitors així ho sol·liciten de comú acord, i l'article 92.8 CC afegeix que, quan no hi ha acord, també pot atribuir-la excepcionalment si ho sol·licita un progenitor, si hi ha un informe favorable del ministeri fiscal i si així ho aconsella la consecució de l'interès del menor. Per tant, la lletra de l'article 92 CC estableix el caràcter excepcional de la custòdia compartida quan no hi ha acord entre els progenitors, tot i que la doctrina dóna arguments per tal de superar l'excepcionalitat de la mesura.<sup>21</sup>

En canvi, com s'ha dit, l'article 233-10.2 CCCat sembla que prioritza l'atribució de la custòdia compartida llevat que l'atribució individual de la custòdia sigui més beneficiosa per al menor.<sup>22</sup> Això pot portar en alguns casos a l'atribució sistemàtica de la custòdia compartida sense fer una anàlisi de si realment la guarda establerta es correspon conceptualment amb aquest model.

Així, la SAP de Barcelona de 10 de novembre de 2011 cassa la sentència d'instància que establia la custòdia de la mare amb un règim de visites del pare de dues tardes setmanals i un cap de setmana de cada dos, i estableix la custòdia compartida però sense modificar el règim de visites del pare, perquè al·lega que la pertorba-

20. Elena LAUROBA LACASA, «Comentario al artículo 233-10», a E. ROCA TRÍAS i P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia: Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011, p. 869 i 870.

21. José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», *in totum*, sosté que el que és realment important és la consecució de l'interès del menor, que és el principi superior que ha de guiar la decisió judicial. Basant-se en l'última jurisprudència del Tribunal Suprem argumenta que el principi de l'interès del menor ha de prevaldre sobre la necessitat de l'informe del ministeri fiscal i, fins i tot, sobre la sol·licitud d'un dels progenitors. De forma més matisada, Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La custodia compartida alternativa», *InDret*, núm. 2 (2008), p. 12, entén que la tendència jurisprudencial és atorgar la custòdia compartida prenent com a base el principi de l'interès del menor, relegant l'excepcionalitat de la mesura i convertint aquest model de guarda i custòdia en norma perquè és el que millor respon a les necessitats socials, si bé la mateixa autora reconeix a «Criterios de atribución de la custodia compartida», p. 10, que, tot i que la custòdia compartida es concedeix amb major freqüència, encara no ha esdevingut norma.

22. Elena LAUROBA LACASA, «Comentario al artículo 233-10», p. 865-867.

ció de la quotidianitat no seria beneficiosa per al menor. Deixant al marge que en el cas de la Sentència tot semblava indicar la conveniència que realment s'atribuís un règim de custòdia compartida real, la lletra de la Sentència ens planteja que el tribunal substitueix la guarda individual per la compartida com si la diferència terminològica no impliqués una diferència conceptual. D'altra banda i tot i que la custòdia compartida no necessàriament ha de significar un repartiment igualitari del temps, cal plantejar-se si la distribució desigual d'aquest té o no algun tipus d'incidència en la qualificació d'una situació de guarda.

D'altra banda, la SAP de Barcelona 726/2011, de 14 de desembre, atribueix un dia i mig a la setmana al pare quan aquest no té el cap de setmana i un dia quan conviu amb el menor el cap de setmana. Amb independència que de nou en aquest cas tot sembla aconsellar una autèntica custòdia compartida que ja s'havia dut a terme a la pràctica durant gairebé un any compartint setmanes alternes, el tribunal estableix una distribució del temps que s'apropa més a una guarda individual amb un règim de visites ampli, que era el que havia establert el tribunal d'instància, però anomena aquesta situació *custòdia compartida*. Es planteja de nou la distorsió terminològica que es pot produir amb la determinació del model de guarda i custòdia i la rellevància de la distribució del temps en l'atribució d'aquest.

### 3.3.1. Precisió terminològica

L'exercici de la potestat pertany normalment a ambdós progenitors (art. 236-1 CCCat), llevat que aquests acordin una altra modalitat d'exercici (art. 236-9.2 i 236-9.1 CCCat) o que la llei o l'autoritat judicial disposin una altra cosa (art. 233-11.3, 236-10 i 233-10.4 CCCat). Tanmateix, cal diferenciar en el contingut d'aquest exercici entre els actes jurídics que impliquen un exercici de la representació legal dels fills i els actes materials que signifiquen la concreció de la criança, els aliments, l'educació i la formació integral del menor.<sup>23</sup> Per tant, l'exercici de la potestat pot ésser conjunt i, alhora, part del seu contingut, la guarda, pot exercir-la de forma individual un dels progenitors, ja sigui mentre és vigent el matrimoni o la unió estable, ja sigui en una situació de crisi matrimonial o de parella.<sup>24</sup>

La guarda fa referència a les situacions immerses en el contingut de l'exercici

23. Ferran BADOSA COLL, «La potestat del pare i la mare», a Alfonso HERNÁNDEZ MORENO i Carlos VILLAGRASA ALCAIDE (coord.), *El Codi de família i la Llei d'unions estables de parella*, Barcelona, Cedecs, 2000, p. 320 i 321.

24. Sobre la necessitat de diferenciar entre l'exercici de la potestat i la guarda, vegeu Elena LAUROBA LACASA, «Comentario al artículo 233-10», p. 861, i Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad», p. 27 i seg. i p. 45 i seg.

de la potestat parental relatives als assumptes de la vida diària, tal com estableix l'article 236-14 CCCat en relació amb el cònjuge o convivent del progenitor en famílies reconstituïdes, i tàcitament a la legitimació individual d'un dels progenitors per a exercir la potestat en determinats casos que estableix l'article 236-11.5 CCCat.<sup>25</sup>

Per tal de determinar què hem d'entendre per *acte propi de la vida quotidiana* cal tenir en compte un doble criteri: d'una banda, que es tracti d'un assumpte no rellevant (arg. *ex art.* 236-12.1 CCCat) i, de l'altra, que pertanyi a l'àmbit de la quotidianitat.<sup>26</sup> Per tant, amb independència del model de guarda determinat, els actes relatius a l'exercici de la potestat que siguin rellevants (tipus d'educació, celebració de negocis jurídics importants, modificació del domicili...) han d'ésser decidits conjuntament per ambdós progenitors; en canvi, els actes propis de la vida quotidiana que no siguin rellevants (decisió sobre activitats d'oci fora de l'horari escolar, control de l'ús de videojocs, control del tipus de programació televisiva, hora d'arribada a casa...) signifiquen un exercici de la guarda que ha d'exercir el progenitor que en cada moment estigui amb el menor, ja sigui en règim de visites ja sigui en règim de custòdia compartida, però necessàriament passa per la convivència amb el menor.

Per això és cabdal decidir quan el repartiment del temps que cada progenitor passa amb el menor significa realment compartir la guarda i quan significa una guarda individual amb un règim més o menys ampli de visites. És cert, però, que de vegades el conflicte entre els progenitors es concreta més en la qualificació terminològica que no pas en la distribució del contingut de la guarda, i les sentències aquí comentades en són un clar exemple. Tanmateix, aquesta problemàtica no s'hauria de traslladar a l'àmbit judicial, on s'ha d'atribuir un tipus de guarda o un altre en funció dels criteris legalment establerts per tal d'assolir la consecució de l'interès del menor sense determinar *a priori* un model de guarda. El fet que aquesta confusió terminològica es pugui detectar en la jurisprudència pot ser resultat, pensem, del fet que, d'una banda, l'article 233-10.2 CCCat estableix que s'ha d'atribuir com a model preferent la custòdia compartida llevat que la consecució de l'interès del menor aconselli una altra cosa, i, de l'altra, d'una certa reticència judicial a entendre que la custòdia compartida és el model més adient en tots els casos.<sup>27</sup> Aquest conflicte es pot resoldre si interpretem de forma integrada els esmentats articles 233-10.2 i 233-11.1 CCCat.

25. Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad», p. 48.

26. Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad», p. 46.

27. Mila ARCH i Adolfo JARNE, «Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41 (2008), p. 30.

### 3.3.2. *Distribució del temps*

Una de les qüestions que suscita la determinació del tipus de custòdia és la dificultat de diferenciar entre la custòdia compartida i la guarda individual amb un règim de vistes ampli. Així, s'ha dit que en aquests casos cal tenir en compte el model preferent en cada ordenament jurídic, de forma que si la custòdia compartida és excepcional, com passa en el CC, aquesta situació s'ha de qualificar com a guarda individual amb règim de visites, i si la custòdia compartida és un model preferent en l'ordenament, cal considerar aquesta situació com a custòdia compartida.<sup>28</sup>

És cert que la distribució del temps pot fer-se de forma molt flexible, de manera que no ha de fer-se necessàriament a parts iguals, perquè, com digué el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC), «bajo la denominación equívoca de custodia “compartida” pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón de diversos factores».<sup>29</sup>

Tanmateix, el repartiment del temps no és irrellevant, de manera que al Canadà es qualifica com a custòdia compartida un repartiment que impliqui almenys un 40 % del temps per a cada progenitor, mentre que als Estats Units es rebaixa aquest percentatge al 30 %, aproximadament.<sup>30</sup> No creiem que parlar en termes de percentatges sigui necessari en la determinació d'un concepte com el de *custòdia compartida*, sinó que més aviat pensem que es tracta d'esbrinar si la distribució del temps significa una situació de convivència, amb totes les conseqüències logístiques, educatives i afectives que aquesta comporta, o no, a l'efecte de la guarda.

28. Laura ALASCIO CARRASCO, «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010», *InDret*, núm. 2 (2011), p. 20.

29. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 31 de juliol de 2008 (RJ 2009/643). De fet, la doctrina distingeix quatre models de custòdia compartida segons el repartiment del temps i el domicili en què es porta a terme. Així, es parla de *custòdia compartida simultània* quan ambdós progenitors conviuen amb els fills en el mateix domicili, de *custòdia compartida a temps parcial en el mateix domicili* quan els fills no canvien de domicili, sinó que són els progenitors qui es traslladen, de *custòdia compartida rotatòria al 50 % amb canvi de domicili dels fills*, i de *custòdia compartida sense temps igualitari amb canvi de domicili*. Vegeu José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», p. 41.

30. Elena LAUROBA LACASA, «Comentario al artículo 233-10», p. 862.

És cert, com s'ha posat de manifest,<sup>31</sup> que no existeix un únic tipus de convivència amb els menors, ja que aquesta pot implicar la residència continuada en el mateix domicili o la convivència discontinua, sempre que existeixi *affectio*, amb el límit de l'interès del menor, i és cert també que el tipus de convivència no ha d'afectar la possibilitat d'exercir la potestat parental. Ara bé, una cosa és la convivència necessària per tal d'exercir la potestat i una altra, la convivència requerida per a exercir la guarda, ja que aquesta sí que passa necessàriament per una convivència que impliqui la possibilitat de realitzar les tasques no rellevants derivades de la immediatesa i la quotidianitat de la convivència. Per tant, l'element de la quotidianitat de la convivència esdevé important per tal de decidir si realment existeix una custòdia compartida. I per això ens sembla dubtós que en les sentències comentades el període de guarda que s'atribueix als pares signifiqui la convivència necessària per tal de poder parlar de custòdia compartida. Això no vol dir que justament en els casos comentats ens sembli correcta aquesta distribució del temps, perquè dels fets transcrits en les sentències es dedueix que les circumstàncies que envoltaven els casos haurien fet aconsellable l'atribució real, i no només terminològica, de la custòdia compartida; ben al contrari, pensem que el tribunal hauria d'haver tingut la valentia d'adjudicar la custòdia compartida real amb una distribució del temps no necessàriament igual però, si més no, que garantís la convivència real amb ambdós progenitors, i no atribuir una custòdia compartida que només ho és de nom.

#### 3.4. REFLEXIONS FINALS SOBRE EL MODEL PREFERENT DE GUARDA

L'article 92 CC estableix la custòdia compartida com un model excepcional, mentre que l'article 233-10 CCCat l'estableix com a model preferent. Tanmateix, la doctrina defensa la possibilitat d'atribuir la custòdia compartida sense considerar-la excepcional quan així ho aconselli l'interès del menor en el règim del CC.<sup>32</sup> Per contra, la doctrina catalana també matisa el caràcter preferent de la custòdia compartida en el CCCat en major o menor mesura. Així, s'ha dit que, tot i que és preferent la custòdia compartida, el legislador català no ha volgut establir l'excep-

31. Susana NAVAS NAVARRO, «Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los art. 236-14 y 236-15 del Libro segundo del CCCat, relativo a la persona y la familia», a Reyes BARRADA ORELLANA, Martín GARRIDO MELERO i Sergio NASARRE AZNAR, *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 654-658.

32. José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», *in totum*, i Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Criterios de atribución de la custodia compartida», p. 12.



cionalitat de la guarda exclusiva,<sup>33</sup> o, de forma més clara, que no s'ha d'entendre que hi ha un únic model preferent de custòdia, la compartida, i un altre d'excepcional, l'exclusiva, sinó que s'ha de considerar el cas concret.<sup>34</sup>

Creiem, en efecte, que no es pot partir d'un únic model de guarda preferent aplicable a qualsevol situació familiar, sinó que s'ha de considerar el cas concret de cada família per a establir la guarda més adient en funció de la consecució de l'interès del menor.<sup>35</sup> El principi de l'interès del menor és l'objectiu últim que s'ha de perseguir en la determinació del règim de guarda, i tant la doctrina del CC que defensa el caràcter no excepcional de la custòdia compartida com la del CCCat que sosté que no es pot aplicar sistemàticament la custòdia compartida porten a col·lació la consecució de l'interès del menor.<sup>36</sup>

Per això, com s'ha dit, pensem que cal interpretar l'article 233-10.2 CCCat de forma integrada amb l'article 233-11.1 CCCat, on s'estableixen els criteris per a determinar la custòdia compartida, i creiem que aquests criteris, que no són una llista tancada, juntament amb la decisió sobre el règim de custòdia, s'han de regir pel principi de l'interès del menor.

Imposar de forma sistemàtica la custòdia compartida significa pressuposar que totes les famílies comparteixen la guarda dels fills i desconèixer que, tot i que és així en molts casos, no ho és en altres.

#### 4. CRITERIS PER A DETERMINAR LA IDONEÏTAT DE LA CUSTÒDIA COMPARTIDA

L'article 233-11.1 CCCat estableix com a criteris per a determinar la conveniència d'atribuir la custòdia compartida: la vinculació afectiva amb els fills, l'aptitud i actitud de cadascun dels progenitors per a garantir el benestar dels fills, el temps dedicat a la família abans de la crisi, l'opinió dels fills, els acords presos en previsió de la ruptura i la situació del domicili dels pares. Aquests criteris s'han d'in-

33. Elena LAUROBA LACASA, «Comentario al artículo 233-10», p. 867.

34. Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad», p. 52 i seg., i Laura ALASCIO CARRASCO, «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta», p. 10-11.

35. Així, Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad», p. 54, afirma que el legislador no pot crear ni imposar un model de custòdia compartida perquè els resultats assolits amb aquesta imposició seran necessàriament inferiors als esperats, ja que depenen dels hàbits, els rols i les experiències passades dels progenitors.

36. José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», p. 20 i seg., Laura ALASCIO CARRASCO, «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta», p. 17, i Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad», p. 48-52.

interpretar conforme al principi de l'interès del menor, que és el criteri últim que ha de determinar el règim de guarda. De tots els criteris, en relació amb les sentències comentades, ens interessa destacar especialment l'actitud dels pares i l'*statu quo*.

#### 4.1. CONFLICTIVITAT *VERSUS* ACTITUD I APTITUD DELS PROGENITORS

Tradicionalment s'ha tingut en compte el grau de conflictivitat entre els progenitors com a criteri per a negar la conveniència d'atribuir la custòdia compartida perquè s'ha entès que és necessari un mínim d'entesa entre els progenitors per tal que aquest model de guarda es desenvolupi de forma satisfactòria.<sup>37</sup> Tanmateix, creiem que en una situació de crisi matrimonial difícilment la relació entre els cònjuges pot trobar-se en el seu millor moment<sup>38</sup> i que el que és important és que els progenitors siguin capaços de deixar al marge els problemes existents entre ells per tal d'assolir una millor situació per als fills menors. L'existència de conflictivitat pot fins i tot aconsellar la necessitat d'establir una custòdia compartida quan aquesta conflictivitat no afecta negativament els fills, sinó que garanteix el manteniment dels vincles amb ambdós progenitors al marge de les diferències existents entre ells.<sup>39</sup> D'altra banda, establir la conflictivitat com un criteri per a negar la conveniència de la custòdia compartida pot ésser utilitzat per un dels progenitors com una estratègia per a aconseguir la guarda exclusiva.<sup>40</sup> Per això creiem molt encertada la substitució d'aquest criteri pel de l'actitud dels pares en l'article 233-11.1 CCCat, perquè fa referència al mateix element però des d'una perspectiva positiva, atès que fomenta l'entesa entre les parts en lloc de sancionar el conflicte entre aquestes. En efecte, l'article 233-11.1c CCCat estableix que per a determinar el règim de guarda s'ha de tenir en compte «[l]actitud de cadascun dels progenitors per a cooperar amb l'altre a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills, especialment per a garantir adequadament les relacions d'aquests amb tots dos progenitors».

Així, la SAP 726/2011, de 14 de desembre, comentada aquí, estableix la custòdia compartida, tot i que la distribució del temps més aviat es correspon amb una guarda individual amb règim de visites, en contra del criteri del tribunal d'instància, i afirma que «[l]a esposa reconeció en el interrogatorio practicado, y reite-

37. Vegeu Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La custodia compartida alternativa», p. 30, Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Criterios de atribución de la custodia compartida», p. 14, i la jurisprudència que cita l'autora.

38. Susana NAVAS NAVARRO, «Menores, guarda compartida y plan de parentalidad», p. 49.

39. STSJ 9/2010, de 3 de març (RJ 2010/4016).

40. SAP de Barcelona 726/2011, de 14 de desembre (JUR 2012/21752).

ró ante el perito del SATAF que después de la separación se había instaurado la guarda conjunta de forma natural y sin problema alguno, y que el grado de implicación del padre en los cuidados, atenciones y responsabilidades para con el menor había sido siempre muy alto. Las disfunciones que se alegan en la contestación a la demanda y en la oposición al recurso obedecen claramente a una estrategia preparada y ejecutada para disponer en este pleito de unas pruebas preconstituidas dirigidas a obstaculizar la pretensión del actor, sin que la oposición de la demandada obedezca a razones de fondo que sean atendibles».

Diversos motius poden ser la causa de l'actitud obstruccionista de la mare: d'una banda, en l'ordre personal afectiu, legalitzar una situació de custòdia compartida de fet pot perpetuar una situació de repartiment igualitari del temps amb els fills, i en una situació de crisi matrimonial els progenitors no sempre persegueixen l'interès del fill, sinó que a vegades acaben perseguint el seu propi interès; d'altra banda, des del punt de vista econòmic, el manteniment de la custòdia individual pot tenir repercussions patrimonials en relació amb el domicili familiar i la pensió d'aliments.<sup>41</sup> En aquest cas no sembla que l'atribució del domicili familiar sigui rellevant, ja que el pare va adquirir la meitat indivisa de la mare, que conviu en l'actualitat amb una altra parella. Desconeixem de manera detallada els pactes econòmics sobre manutenció, però la Sentència diu que es distribueixen de forma igualitària al temps compartit amb el fill. Sembla, doncs, que l'actitud obstruccionista de la mare que provoca el conflicte respon a una qüestió personal de voluntat de passar la major part del temps possible amb el fill, més que no pas a motius econòmics. Per acabar, no podem oblidar que en alguns casos la corresponsabilitat parental és més un *desideratum* que una realitat i que en aquest punt la llei va més endavant que la societat, un important sector de la qual encara pensa que la mare té una millor cura dels fills que el pare.

D'això deduïm que considerar la custòdia compartida amb caràcter preferent no elimina necessàriament el conflicte, ja que aquest element es pot fer servir justament per a crear una situació problemàtica que desaconselli la guarda compartida.

D'altra banda, pensem que en una situació de crisi matrimonial és difícil evitar una certa conflictivitat, però, tanmateix, quan els progenitors són capaços d'exercir la guarda correctament al marge dels problemes que existeixin entre ells, pot ser perfectament aconsellable la custòdia compartida justament per a assegurar el

41. Així, en la STSJC 27/2011, de 16 de juny (RJ 2011/6106), s'analitza un cas en què el pare, amb un alt poder adquisitiu, sol·licita la substitució de la guarda individual per la compartida i la conseqüent reducció de la manutenció dels fills, i al·lega també una disminució dels seus ingressos. En aquest cas, es va denegar la custòdia compartida per l'existència d'un *statu quo* que significava un fort vincle afectiu amb la mare, però s'acceptà una rebaixa de la pensió d'aliments del pare.

manteniment del vincle afectiu amb ambdós progenitors. En alguns casos la conflictivitat entre cònjuges pot ésser, fins i tot, un element que calgui tenir en compte per a atribuir la custòdia compartida si així ho aconsella l'interès del menor.<sup>42</sup>

Per això, com s'ha dit, ens mereix una opinió molt favorable que l'article 233-11.1 CCCat parli de l'actitud dels pares i de la seva aptitud per a exercir la guarda com a criteris que cal considerar per a determinar el tipus de custòdia, i prescindeixi de la idea de conflicte.<sup>43</sup>

En efecte, creiem que el criteri de la conflictivitat pot ésser utilitzat com una estratègia per a dificultar la determinació de la custòdia compartida, ja sigui per

42. Així succeí en la STSJC 9/2010, de 3 de març (RJ 2010/4016), en què es jutjava un supòsit en el qual s'havia atribuït la custòdia dels fills al pare a causa de la forta conflictivitat existent entre els progenitors i la necessitat de mantenir la situació anterior per a no perjudicar l'estabilitat dels menors. La mare sostenia que l'Audiència Provincial havia basat el seu criteri de forma il·lògica en l'informe del SATAF, que justament afirmava que s'havia produït un debilitament de la figura materna a causa de la guarda individual amb el pare i aconsellava el contacte amb la mare no només per un tema d'afecte, sinó per a l'establiment de la cultura alemanya, la materna. La Sentència de l'Audiència Provincial constata l'existència d'un discurs ambivalent del pare vers la mare i la necessitat de contacte amb la mare, que havia perdut certa capacitat per a ser referent. No obstant això, la Sentència va mantenir la custòdia del pare. La STSJC 9/2010, de 3 de març, afirma que «una de las causas que empecen a la concesión del ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial viene constituida, sin dudar, por la conflictividad u hostilidad entre los padres», i afegeix: «Ahora bien, esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida —o, en su caso, el mantenimiento de la misma— de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial». En aquest cas, continua dient, «la guarda y custodia compartida es el instrumento más adecuado y eficaz para satisfacer el interés superior de los dos menores [...] en la medida en que estimamos que ambos padres son igualmente capaces de asumir su cuidado y, de acuerdo con lo informado por los especialistas, que cada uno de ellos está en condiciones de ejercer —ya que no conjuntamente, al menos cumulativamente, cada uno por su cuenta— sobre ellos una influencia beneficiosa en diferentes aspectos esenciales para su formación integral, para lo cual resulta esencial otorgarles frente a los menores una posición idéntica como corresponsables perfectos de su cuidado —si bien de forma alterna— con el fin de evitar que los niños puedan constituir en el futuro un objeto o instrumento del conflicto matrimonial». És a dir, en aquest cas justament és l'existència d'un conflicte entre els pares la que aconsella la determinació de la guarda compartida, ja que el conflicte pot provocar una desvinculació emocional respecte d'un dels progenitors contrària a l'interès dels menors. Allò veritablement rellevant és la idoneïtat de cadascun dels progenitors per a exercir la guarda de forma compartida.

43. També la doctrina fa referència a l'actitud dels pares com un criteri que cal tenir en compte per a assegurar l'entesa i la col·laboració dels progenitors. Vegeu Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La custodia compartida alternativa», p. 30 i 31, i Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Criterios de atribución de la custodia compartida», p. 14 i 15. José Manuel de TORRES PEREA, «Custodia compartida», p. 30 i 31, sosté que els pares han de deixar de banda els seus desacords personals per tal d'assolir la consecució de l'interès dels fills, però el fet que les seves relacions no siguin fluides no s'ha d'entendre com un criteri per a denegar la custòdia compartida si això no afecta els fills.

motius econòmics, ja sigui per motius afectius. Per contra, el criteri de l'actitud de l'article 233-11.1c CCCat fa referència a la mateixa idea però formulada en sentit positiu, de manera que fomenta una actitud de col·laboració i cooperació entre els progenitors que sempre beneficiarà els fills. I això serà així perquè una actitud obstruccionista i conflictiva d'un dels progenitors pot ésser tinguda en compte pel tribunal no ja per a no atribuir la custòdia compartida, sinó fins i tot per a atribuir la guarda a l'altre progenitor quan aquella actitud obstruccionista perjudiqui els fills. De fet, la SAP 726/2011, de 14 de desembre, diu que «[e]l carácter voluntario de la mediación determina que la obligación de seguir un proceso de tal naturaleza no puede ser impuesto por el tribunal, por lo que el alcance de lo acordado al respecto se sitúa en el nivel de recomendación que ha señalado la doctrina [...] sin perjuicio de que la actitud de colaboración en beneficio del menor que ello implica, o la posición contumaz a participar en tal proceso de forma injustificada, pueda ser tenida en consideración tal como establece el artículo 233-11 c) del CC [...] de Cataluña para, en un ulterior proceso de modificación de medidas, asignar la custodia individual a uno solo de los progenitores».

D'altra banda, la sola existència de conflictivitat entre els progenitors no justifica la no-atribució de la custòdia compartida quan aquesta no afecta la relació entre cadascun dels pares amb els fills i els pares tenen aptitud per a exercir correctament la guarda en relació amb els fills, com succeeix en la Sentència del TSJC 9/2010, de 3 de març. En la Sentència justament s'atribueix la custòdia compartida perquè es detecta que la guarda individual, juntament amb un discurs ambivalent del pare, significa una desvinculació emocional de la mare, la qual cosa, tot i que no és el cas de la Sentència, ens fa pensar en la necessitat d'evitar el síndrome d'alienació parental.<sup>44</sup>

La conflictivitat sí que s'ha de tenir en compte com a criteri per a denegar la custòdia compartida quan existeixi violència familiar o violència de gènere, tal com estableix l'article 233-11.3 CCCat.

En conclusió, ens sembla més adient la formulació en sentit positiu que fa l'article 233-11.1c CCCat en referir-se a l'actitud dels pares, ja que no penalitza la conflictivitat entre ells, sinó que fomenta l'actitud constructiva en favor de la consecució de l'interès del menor. D'aquesta manera s'evita l'ús de la conflictivitat com una estratègia en la negociació o en la determinació del tipus de custòdia i, a

44. Sobre la síndrome d'alienació parental, vegeu Laura ALASCIO CARRASCO, «El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI nº 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007», *InDret*, núm. 1 (2008), p. 5 i 6, que descriu el fenomen com un procés en el qual un progenitor transforma la consciència dels fills per tal de destruir els vincles amb l'altre progenitor, i en descriu els símptomes de manera detallada.

més, es fomenta una actitud constructiva i de col·laboració dels pares, la qual cosa repercutirà de forma positiva en l'interès del menor.

#### 4.2. *STATU QUO*

S'ha dit que, si s'accepta el principi que el manteniment del vincle dels fills amb ambdós progenitors és necessari per a garantir l'interès dels menors, la custòdia compartida no reflecteix les preferències reals dels progenitors, per la qual cosa atribuir a parts iguals la guarda dels fills pot significar atribuir a un progenitor més del que vol i a l'altre menys.<sup>45</sup> Per això es proposa com a criteri d'atribució de la custòdia la dedicació històrica a les tasques de la llar i a la família per part de cada progenitor abans de la ruptura.<sup>46</sup> Aquest criteri ha estat recollit per l'article 233-11.1d CCCat, que estableix que per a determinar el règim de guarda s'ha de tenir en compte «[e]l temps que cadascun dels progenitors havia dedicat a l'atenció dels fills abans de la ruptura i les tasques que efectivament exercia per procurar-los el benestar». També la SAP de Barcelona 650/2011, de 10 de novembre,<sup>47</sup> que comentem aquí, diu que «se concluye que el sustrato o denominador común de todos los criterios o factores que se sostienen como favorables al establecimiento de una custodia compartida, no es otro que la estabilidad del menor o de la menor en cada caso concreto y que para ello tiene una importancia fundamental el sistema de vida, la organización familiar y en definitiva la dinámica familiar llevada a cabo hasta el momento en que se plantea la petición».

La doctrina ha analitzat els avantatges i inconvenients del criteri.<sup>48</sup> Així, s'aconsegueix reflectir les preferències provables i provades de cada progenitor, i això facilita la decisió sobre la guarda i redueix els costos de la negociació, disminueix el clima d'enfrontament, facilita el compliment dels drets i deures que resulten de la resolució sobre la guarda per coherència amb l'estat de les coses, redueix els incentius per a intercanviar la guarda d'un fill per elements patrimonials en el procés de negociació, facilita la decisió judicial (el jutge no ha de valorar elements subjectius, com la competència dels pares), garanteix l'estabilitat

45. Margarita GARRIGA GORINA, «El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta», *InDret*, núm. 3 (2008), p. 4-6.

46. Margarita GARRIGA GORINA, «El criterio de la continuidad», p. 6 i seg., José Manuel de TORRES PERA, «Custodia compartida», p. 18 i 19, i Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La custodia compartida alternativa», p. 15.

47. SAP de Barcelona 650/2011, de 10 de novembre (RJ 2012/26267).

48. Vegeu-ne una exposició detallada a Margarita GARRIGA GORINA, «El criterio de la continuidad», p. 6 i seg.

i atorga previsibilitat, redueix la intromissió de l'Estat en els assumptes familiars...

Tanmateix, també s'ha ressaltat que el criteri reproduceix l'organització familiar establerta durant la vigència del matrimoni, quan el divorci no entrava en les previsions dels cònjuges, i ara el progenitor que no es va dedicar a la llar pot sentir-se penalitzat per una decisió que va prendre en un context diferent. A més, el criteri no diferencia entre qualitat i quantitat de temps i no té en compte que el progenitor que treballa fora de la llar també està transmetent valors rellevants en l'educació, com la importància de l'esforç, la disciplina o la responsabilitat.

És cert que, tot i que el repartiment de la cura dels fills i les tasques de la llar hauria de ser igualitari, la realitat social no sempre es correspon amb aquesta idea, i les estadístiques encara posen de manifest que, ja sigui per pactes als quals arriben lliurement els cònjuges, per circumstàncies laborals concretes, com l'atur, o per la creença encara existent en certs sectors de la societat, la dona ha de tenir cura dels fills i l'home ha de treballar fora de casa. Per això, atribuir per sistema una custòdia compartida en situacions en què la guarda mai no s'ha compartit pot significar una modificació de la dinàmica familiar que no s'adigui amb els vincles dels menors.

D'altra banda, és cert que els pactes sobre la guarda existents entre els cònjuges responen a una situació familiar de convivència i no es poden traslladar a una situació de crisi matrimonial sense cap altra consideració. En efecte, un progenitor dedicat a la feina fora de casa durant el matrimoni pot reconsiderar la seva situació personal, familiar i laboral fruit de la situació de crisi matrimonial. Ara bé, per tal que es tingui en compte aquest element no és suficient manifestar aquesta voluntat, sinó que és necessari que existeixin una sèrie de proves fefaents que aquest canvi de voluntat és real, és a dir, cal que es prenguin un seguit de mesures dirigides a garantir la possibilitat d'exercir la guarda de forma compartida (canvi de domicili, canvi d'horari laboral, reducció de la jornada, reestructuració de la feina, contractació de més personal per a tenir més temps lliure...).

Per tal de no considerar el temps dedicat en el passat als fills (art. 233-11.1d CCCat), caldrà tenir en compte l'actitud del progenitor (art. 233-11.1c CCCat). D'això es deriva, d'una banda, que els criteris de l'article 233-11.1 CCCat s'han d'interpretar de forma integrada i no aïlladament. D'altra banda, tots els criteris del citat article han de ser interpretats conforme al principi de l'interès del menor. En el cas de la SAP de Barcelona 726/2011, de 14 de desembre, en el qual els progenitors havien compartit *de facto* la guarda en setmanes alternes, quedava perfectament garantida l'actitud del pare, amb independència de quina havia estat la seva dedicació a la família anteriorment. Per això creiem que es podria haver considerat la possibilitat de distribuir de forma igualitària el temps i constituir així una custòdia compartida real.

## V. REFLEXIONS FINALS

De l'anàlisi de les sentències, que, tot i que no apliquen el CCCat, ja el tenen en compte, es desprèn que existeix certa tendència a qualificar sistemàticament com a custòdia compartida la guarda entre progenitors. Això pot derivar d'una interpretació aïllada de l'article 233-10 CCCat, que disposa que s'ha d'establir preferentment un model de custòdia compartida llevat que sigui contrari a l'interès del menor, i aquesta interpretació pot significar una confusió que implica tractar terminològicament igual situacions conceptualment diferents.

Per a determinar el règim de guarda cal fer una interpretació integrada dels articles 233-10 i 233-11 CCCat, per a establir el tipus més adient al cas concret tenint en compte el principi de l'interès del menor, que és el criteri últim que ha de regir la determinació de la guarda i que constitueix el nexa d'unió entre els citats preceptes.

D'altra banda, per tal que no es produeixi una confusió terminològica cal diferenciar entre compartir l'exercici de la potestat i compartir la guarda. En efecte, per a compartir la potestat no cal conviure en el mateix domicili, sempre que hi hagi *affectio* i el contacte sigui suficient per a garantir l'interès del menor. En canvi, per a compartir la guarda cal garantir una convivència real amb ambdós progenitors, ja que l'exercici de la guarda requereix la quotidianitat de la convivència. I és aquest concepte de *quotidianitat de la convivència amb ambdós progenitors* el que ens pot ajudar a determinar si estem davant d'una guarda compartida o no, i per tal de fer-ho no és irrellevant la quantitat de temps que passa el menor amb cada progenitor.

Finalment, els criteris de l'article 233-11 CCCat s'han d'interpretar conforme al principi de l'interès del menor i de forma integrada entre si. L'anàlisi de les sentències posa de manifest, d'una banda, l'encert de substituir el criteri de la manca de conflictivitat dels pares pel de la seva actitud envers la custòdia compartida, que evita un ús estratègic del primer criteri, i, de l'altra, que el temps dedicat a la família anteriorment és un criteri que cal tenir en compte però no és determinant, sinó que s'ha d'interpretar d'acord amb l'interès del menor i els altres criteris.